

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 165/80

URTEIL

Verkündet am

9. Dezember 1982

Mehrhof
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C [REDACTED] S.A., Route de M [REDACTED],
F-[REDACTED] S [REDACTED]/F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Emil G [REDACTED] GmbH, N [REDACTED] an der Z [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Herrn Emil G [REDACTED],
dasselbst,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Piper und Dr. Erdmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. September 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

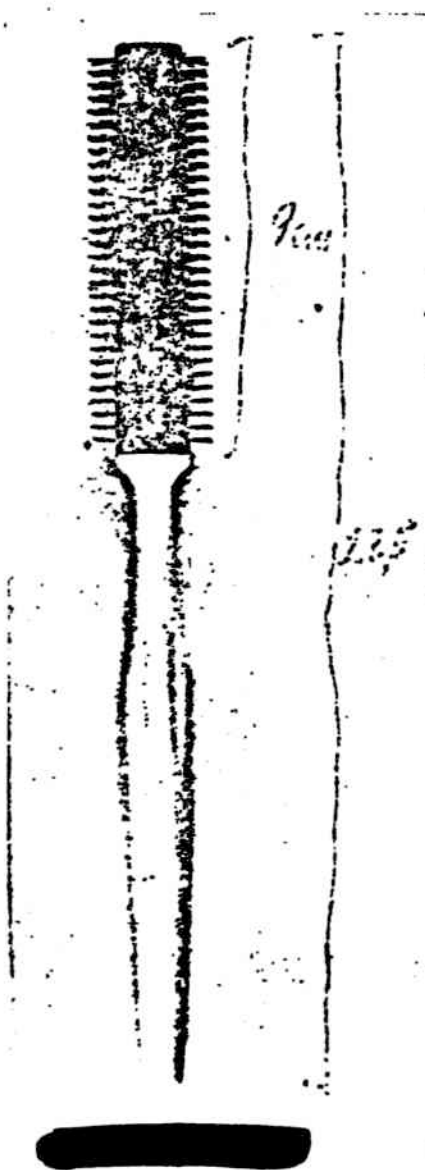
Von Rechts wegen

Tatbestand

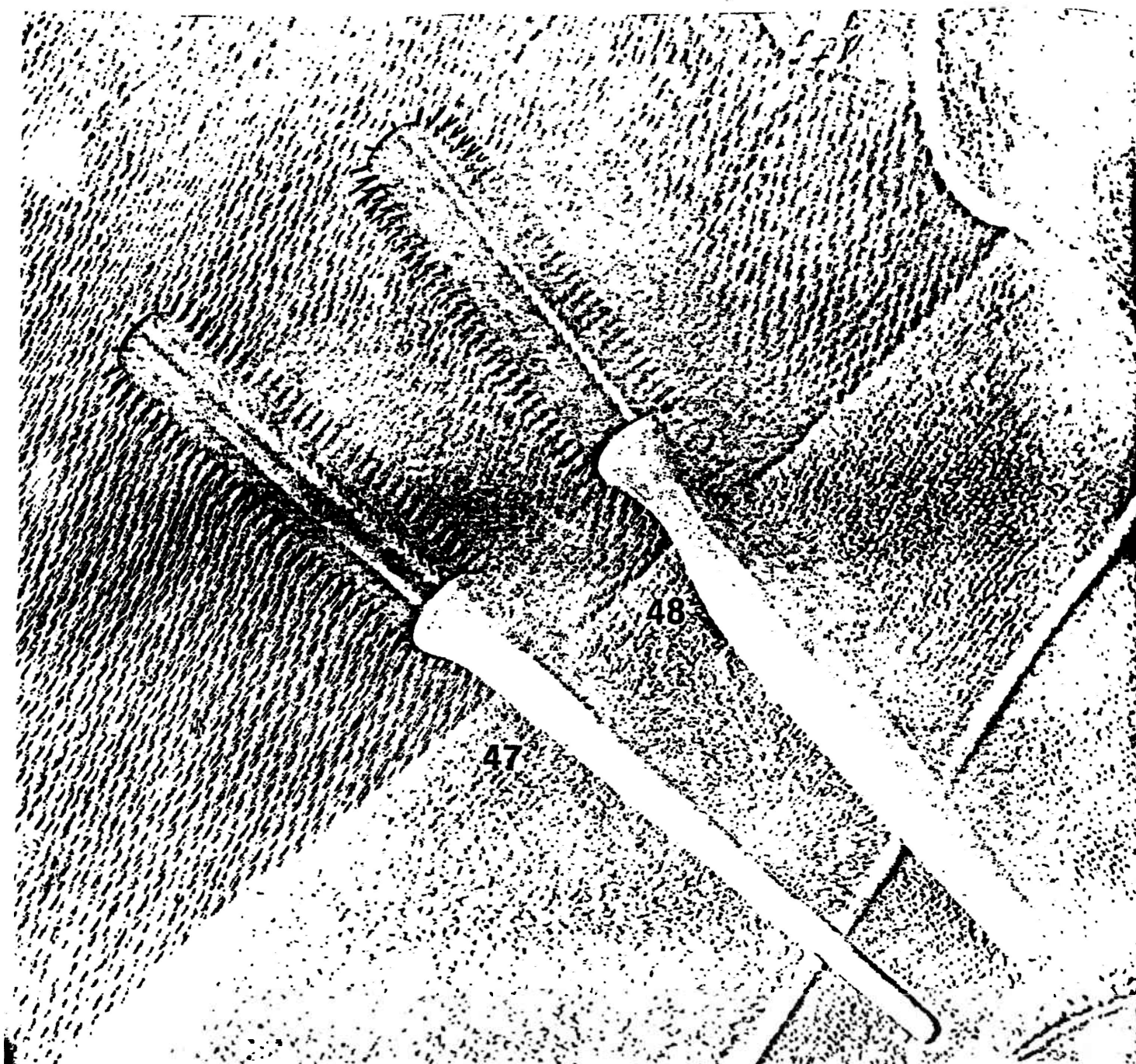
Die Parteien produzieren unter anderem Haarbürsten. Die Klägerin bringt seit Oktober 1977 eine aus zwei Teilen zusammengesetzte Rundbürste zur Benutzung beim Föhnen (Fönbürste) auf den Markt, die national (Frankreich Geschmacksmuster Nr. 158 v. 7.6.1977 für eine erste Schutzzeit von fünf Jahren - GA 15 sowie in verschiedenen anderen Ländern) und international (internationales Geschmacksmuster Nr. 65 436 v. 28.7.1977) als Geschmacksmuster hinterlegt ist; die Gebühr für die internationale Hinterlegung ist für den ersten Schutzabschnitt von fünf

- 3 -

Jahren bezahlt worden (Anlage 3 GA 16); ferner ist der Klägerin am 31.10.1978 für die Rundbürste das US-Design-Patent Nr. 250069 erteilt worden. In der Werbung weist die Klägerin hinsichtlich der mit einem Aufkleber "Serge Simon Paris Eminence Brushing" versehenen Bürste darauf hin, daß der Abstand der Borsten nach wissenschaftlichen Erkenntnissen gewählt worden sei. Die Rundbürste der Klägerin (Katalognummer 2006) hat folgendes Aussehen:



Der Bürstenkörper besteht aus schwarzem Kunststoff; er ist 9 cm lang und hat die Form eines sich ganz leicht konisch verjüngenden dünnwandigen Rohres, auf dessen Außenfläche in 12 Reihen jeweils 30 kurze nadelartige Borsten ausgeformt sind. Der Bürstenkörper wird auf die Längsrippen des Griffes bis zur Abschlußplatte aufgeschoben. Die Beklagte zeigte auf der Frankfurter Frühjahrsmesse 1978 ihren Kunden den Prototyp einer Fönrundbürste, die sie ab Mai 1978 unter der Katalognummer 47 und 48 vertrieb und die dort wie folgt abgebildet ist:



Auch diese Fönbürste besteht aus Griffstück und Bürstenkörper: Das Griffstück wird in zwei Ausführungen hergestellt, 22,8 bzw. 23,3 cm lang. Der Bürstenkörper ist ein aus schwarzem Kunststoff hergestelltes leicht konisch verlaufendes dünnwandiges 9 cm langes Rohr, auf dessen Oberfläche in 12 Reihen je 30 kurze nadelartige Borsten ausgeformt sind.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Verletzung ihres Geschmacksmusterrechts und Verstoßes gegen § 1 UWG in Anspruch.

Sie hat vorgetragen, die Beklagte habe eine Unterkombination, nämlich den Bürstenkörper ihrer Fönbürste identisch bis auf Bruchteile von Millimetern nachgebildet; keineswegs könne es sich um eine vor der nationalen Anmeldung ihrer Bürste in Frankreich datierende unabhängige Eigenentwicklung der Beklagten handeln; dies folge auch aus den Vorfällen gelegentlich der Frühjahrsmesse 1978 in Frankfurt; dort habe die Beklagte den Prototyp ihrer Bürste (von dem angenommen worden sei, daß die Beklagte einen Bürstenkörper der Klägerin auf einen beliebigen Griff montiert habe) nur inoffiziell hinter verschlossenen Vorhängen gezeigt und dann mit der Begründung zurückgezogen, es könne Schwierigkeiten geben. Ihrem Prozeßbevollmächtigten gegenüber, der am Messestand der Beklagten vorgesprochen habe, habe sich der Repräsentant der Beklagten nicht auf eine Eigenentwicklung, sondern nur darauf berufen, das Bürstenmodell sei nicht schutzfähig. Wenn die Beklagte die Bürste selbständig vor dem 7.6.1977 entwickelt haben würde, würde sie nicht erst im Mai 1978 auf den Markt gekommen sein.

Die Bürste sei ungeachtet ihres Gebrauchswertes bestimmt und geeignet auf den Geschmacksinn einzuwirken; sie sei neu und eigentümlich; die Form sei auch nicht ausschließlich technisch bedingt; das Klagemodell offenbare vielmehr eine überdurchschnittliche gestalterische Leistung und beruhe auf einer längeren und kostspieligen Entwicklungsarbeit.

Die Klägerin hat ferner das Verhalten des Beklagten als unmittelbare Leistungsübernahme, vermeidbare Herkunftstäuschung und wettbewerbswidrige Rufausbeutung angegriffen und dazu vorgetragen, sie habe mit der Rundbürste von Anfang an außergewöhnliche wirtschaftliche Erfolge erzielt; sie sei zumindest in den einschlägigen Händlerkreisen bekannt; mit der Fönbürste würden Herkunftsvorstellungen verbunden.

Die Klägerin hat beantragt,

1. Verurteilung zur Unterlassung der Herstellung der Fönbürste Nr. 47 und 48, deren Ankündigung, Feilhalten und Indenverkehrbringen;
2. Verurteilung zur Auskunft;
3. Feststellung der Schadensersatzpflicht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt; sie hat die Geschmacksmusterfähigkeit des Modells der Klägerin in Zweifel gezogen und dazu vorgetragen, die Gestaltung des Bürstenkörpers sei weder neu noch eigentümlich. Fönbürsten für modische Kurzhaarfrisuren seien seit langen Jahren im Handel und ihre eigenen Bürsten Nr. 31, 32, 634, 635, 50, 51, 68, 99 (Bl. 63 d.A., Anlagen B 2 - 7 zum Schriftsatz des Beklagten vom 25.9.1978) seien vor dem Prioritätstag des Klagemodells auf dem Markt gewesen.

Angesichts des vorbekannten Formenschatzes fehle es an jeder noch so geringen schöpferischen Leistung. Die Ausführung des Bürstenkörpers, insbesondere Länge, Anzahl und Anbringung der Borsten, sei ausschließlich technisch bedingt. Sie habe den Bürstenkörper auch nicht dem Klagemodell nachgebildet. Ihre Fönbürste sei eine Eigenentwicklung, die vor dem Prioritätsdatum des Klagemodells abgeschlossen gewesen sei; weil die Formen noch nicht fertiggestellt gewesen seien, habe auf der Messe nur ein Versuchsstück - nicht etwa heimlich - gezeigt werden können. Ihr Repräsentant habe auf der Messe auch darauf hingewiesen, daß es sich um eine Eigenentwicklung handle.

Die Beklagte hat einen Verstoß gegen § 1 UWG in Abrede gestellt; einen Verkaufserfolg der Bürste der Klägerin sowie das Bestehen von Herkunftsvorstellungen der Händler hat die Beklagte bestritten; sie hat ferner vorgetragen, der Abstand ihrer vollständigen Bürste vom Klagemodell sei angesichts der Unterschiede im Griff ausreichend, vor allem wenn man die gattungsbedingten Ähnlichkeiten berücksichtige.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil bewiesen sei, daß die Beklagten den Bürstenkörper des Klagemodells nicht nachgebildet, sondern vor dem Prioritätsdatum des Klagemodells entwickelt habe; die Beklagte habe auch alle zumutbaren Möglichkeiten zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung ergriffen. Die Neuheit und Eigentümlichkeit des Klagemodells hat das Landgericht angezweifelt, im Ergebnis aber offengelassen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus den Vorinstanzen weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht verneint Ansprüche der Klägerin aus einer Verletzung ihres Geschmacksmusterrechts.

1. Dazu führt das Berufungsgericht aus, die formellen Voraussetzungen des Geschmacksmusterrechtsschutzes lägen vor; denn für die Klägerin sei ein internationales Geschmacksmuster eingetragen; das berechtige sie, ihre Rechte in der Bundesrepublik Deutschland so geltend zu machen, als sei das Muster in der Bundesrepublik Deutschland ebenfalls hinterlegt. Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß die internationale Hinterlegung auch die Rundbürste der Klägerin Nr. 2006 betreffe, die Fotokopie der hinterlegten Fotokopie (GA 18) zeige eindeutig das Klageobjekt.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Der Bürstenkörper, so führt das Berufungsgericht weiter aus, sei als Unterkombination dem Geschmacksmusterschutz zugänglich. Das entspricht der ständigen Senatsrechtsprechung, nach der auch ein Teil eines Modells schutzfähig ist, sofern er für sich den Erfordernissen der Neuheit und Eigentümlichkeit genügt (BGH v. 7.11.1980 - I ZR 57/78, GRUR 1981, 273, 274 - Leuchtenglas - m.w.N.).

3. Es handelt sich bei dem Bürstenkörper nach Auffassung des Berufungsgerichts auch um eine Formgestaltung, die bestimmt und geeignet ist, das geschmackliche (ästhetische) Empfinden des Betrachters auszusprechen (vgl. BGH v. 19.12.79 - I ZR 30/77 - WRP 80, 141 = GRUR 1980, 235 - Play family), und die deshalb dem Geschmacksmusterschutz zugänglich ist, wenn sie neu und eigentümlich ist, d.h. eine schöpferische Leistung verkörpert, die über die Durchschnittsleistung eines Mustergestalters der betreffenden Branche hinausgeht.

Den ästhetischen Eindruck vermittelt nach Auffassung des Berufungsgerichts das Zusammenwirken folgender Einzelmerkmale: Vom Kern des Bürstenkörpers, der eine auffällig langgestreckte, kaum erkennbar konische Walze sei, stünden 360 kurze nadelartig dünne Borsten aus demselben Kunststoff so ab, daß der Umriß des Körpers sich als ein längliches Rechteck darstelle; die Borsten seien in 12 im gleichen Abstand voneinander symmetrisch über den Umfang der Walze verteilten achsparallelen Reihen angeordnet, wobei je 30 in gleichem Abstand zueinander stehende Borsten eine Reihe bildeten. Die Borsten einer Reihe stünden (achshorizontal betrachtet) neben den Borsten der Nachbarreihen. Durch die geringe Dicke der einzelnen Borste und die begrenzte Zahl sei der Borstenflor nicht dicht; ein großer Teil der Oberfläche der Walze sei frei von Borsten und als Untergrundfläche gut zu sehen.

Durch die Anordnung der Borsten werde die Oberfläche deutlich gegliedert; besonders auffällig sei dies in achsparalleler Richtung und zwar deshalb, weil der Abstand der Borsten in der Reihe kleiner sei als der Abstand gegenüber der Nachbarreihe. Betrachte man den Bürstenkörper

von schräg oben oder von schräg unten, so habe man den Eindruck eines Verschmelzens der Borstenreihen zu länglichen Flächen, die den Schaufeln eines langgestreckten Schaufelrades ähnlich seien.

Das Berufungsgericht läßt unentschieden, ob bestimmte Merkmale ausschließlich technisch bedingt seien und deshalb für die Anerkennung eines Musterschutzes nicht in Betracht kämen; es weist jedoch darauf hin, daß die Gestaltung einiger Merkmale zwar den Gebrauchszweck beeinflusse (Bürsteneffekt), daß dies aber nicht bedeute, die konkrete Kombination aller Einzelmerkmale seien ausschließlich technisch bedingt; denn es könne nicht von einem eng definierten, dem Gestalter vorgegebenen Bürsteneffekt ausgegangen werden; so habe die Beklagte nicht substantiiert dargelegt, daß die Klägerin bei der Gestaltung ihrer Bürste einen ganz bestimmten Bürsteneffekt, der nur durch die konkrete Ausführung zu erzielen gewesen sei, verfolgt habe; der Klägerin sei daher noch Raum für eine unterschiedliche Gestaltung verblieben. Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen; nach der ständigen Rechtsprechung des Senats scheidet ein Geschmacksmusterschutz nur aus, soweit es sich um Formgestaltungen handelt, die objektiv ausschließlich technisch bedingt sind; dem Musterschutz steht bei Gebrauchsgegenständen nicht entgegen, daß die Gestaltung in dem maßgeblichen Merkmal zugleich oder sogar in erster Linie dem Gebrauchszweck dient und ihn fördert, daß der ästhetische Gehalt demnach in die ihrem Zweck gemäß gestaltete Gebrauchsform eingegangen ist; das ästhetische Element wird nicht hinsichtlich solcher Formelemente ausgeschlossen, bei denen der Betrachter erkennt, daß sie auch technisch bedingt sind. Die

Harmonie zwischen technischer Funktion und nicht objektiv bedingter, demnach nicht ausschließlich technisch notwendiger Formgebung kann unter Umständen sogar in besonderem Maße das ästhetische Empfinden ansprechen (BGH v. 1.10.1980 - I ZR 111/78 GRUR, 1981, 269, 271 - Haushaltsschneidemaschine II).

4. Das Berufungsgericht geht hinsichtlich der Neuheit zunächst von § 13 GeschmMG aus, wonach derjenige, welcher das Muster oder Modell zur Eintragung in das Musterregister angemeldet und niedergelegt hat, bis zum Gegenbeweis als Urheber gilt; die Neuheit des Modells oder Musters ist bis zum Beweis des Gegenteils ebenfalls zu vermuten (BGH aaO - Play family). Das Berufungsgericht stellt fest, die von der Beklagten vorgelegten Modelle könnten diese Vermutung nicht erschüttern; einzelne Gestaltungselemente seien zwar verwirklicht, aber kein Modell vereinige auf sich alle Merkmale des Klagemodells, so daß der durch die Kombination hervorgerufene Gesamteindruck im wesentlichen nicht identisch sei. Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

5. Das Berufungsgericht verneint aber einen Geschmacksmusterrechtsschutz, weil dem Bürstenkörper die nach § 1 Abs. 2 GeschmMG erforderliche Eigentümlichkeit fehle.

a) Im einzelnen führt das Berufungsgericht aus, nahezu alle den ästhetischen Gesamteindruck des klägerischen Modells bedingender Einzelmerkmale seien schon in den vorhandenen älteren Modellen der Beklagten verwirklicht. Bei Nr. 99 (Anlage B 7) stünden aus dem langgestreckten zylindrischen Bürstenkörper nadelartige

Borsten in achsparallelen Reihen ab; durch den wenig dichten Flor (213 Borsten) und die dünnen Borsten (aus Stahl) sei die Oberfläche des Kernzylinders weitgehend zu sehen - ähnlich Nr. 31; Nr. 32 (Anlage B 3) lasse neben der langgestreckten Form des Bürstenkörpers und dem durch die geringe Stärke der Borsten lichten Bürstenflor (280 Borsten) bereits die gleichmäßige Verteilung der Borstenreihen auf dem Umfang erkennen (wie bei 31, 50, 51, 68). In Querrichtung nebeneinander (also nicht "auf Lücke") stünden die Borsten bei den Bürsten Nr. 50 und 51 (B 5 und B 6); dadurch seien diese in Längs- und Querrichtung deutlich gegliedert und wiesen bei schräger Betrachtung auch den "Schaufelrad-effekt" auf. Hier sei auch schon die Ausbildung des Bürstenkörpers aus demselben Material (einstückig gespritzt) in Kontrastfarbe mit dem Handgriff gewählt; die Bürste Nr. 68 (GA 145) offenbare bereits die auf dem Umfang nebeneinander (horizontalparallel) stehenden Borsten und den aus einem Stück gespritzten Bürstenkörper. Die Kombination dieser Merkmale in einem Bürstenkörper habe keine besonderen gestalterischen Fähigkeiten erfordert; allein schon die Aufgabe, einen Bürstenkörper der Art von Nr. 50 (einteilig gespritzt mit symmetrischen Borsten) mit den sonstigen Eigenschaften wie Nr. 99 oder Nr. 32 (sehr dünne kürzere Borsten) bzw. wie bei Nr. 31 (weniger Reihen) zu entwerfen, hätte nach dem Gesamteindruck schon fast zu dem Klagemodell geführt. Die damals noch verbleibenden Detailabweichungen des Klagemodells zum vorbekannten Formenschatz könnten eine eigenpersönliche Gestaltungsleistung nicht begründen.

Die leicht konische Form des Kernzylinders sei kaum wahrzunehmen und kehre beim Gesamtumriß nicht wieder; es könne ihr daher keine Bedeutung zukommen. Auch die

Länge der Borsten könne die Eigentümlichkeit nicht begründen; denn es bedürfe angesichts der vorbekannten Vielfalt der Borstenlänge keiner besonderen Phantasie, die Borsten noch mehr zu verkürzen. Hinsichtlich der Zahl der Borstenreihen und der Borsten sei der Spielraum der Klägerin durch den wissenschaftlich ermittelten Abstand der Borsten ohnehin recht eng. Da es Bürsten mit weniger und mit mehr Borstenreihen gebe, könne die Auswahl der Zahl für die Klägerin keine gestalterische Leistung gewesen sein. Wesentlich sei der durch die sehr dünnen Borsten hervorgerufene Eindruck eines lichten Nadelflors; die Wahl eines größeren Abstands der Borsten zwischen den Reihen und innerhalb der Reihen sei als bloße Veränderung der Proportionen keine besondere gestalterische Leistung. Auch wenn, was der Klägerin ohne weiteres zugestanden werden könne, der von ihr entwickelte Bürstenkörper im Verhältnis zu den übrigen dem Gericht vorliegenden Bürstenkörpern das "modernste Gesicht" habe, lasse sich ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen. Nicht jede Weiterentwicklung bekannter Formen gehe über die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Gestalters hinaus, zumal wenn sie lediglich auf der symmetrischen Anordnung und Verkürzung der Borsten sowie auf einer Veränderung der Borsten- und Reihenzahl beruhe. Die Erteilung des US-Design Patents habe keinen Einfluß auf diese Beurteilung. Das Berufungsgericht könne diese Feststellungen aus eigener Sachkunde treffen, sodaß die Einholung eines Sachverständigengutachtens entbehrlich sei.

b) Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum. Die Anerkennung eines Geschmacksmusterrechts erfordert eine schöpferische Leistung, die über eine bloß handwerksmäßige Leistung hinausgeht. Maßgeblich ist dabei die auf dem betreffenden Gebiet geleistete geschmackliche Vorarbeit in

ihrer Gesamtheit in Verbindung mit den zur Verfügung stehenden freien Formen. Das ist die Grundlage der Prüfung, ob die Leistung, die das zu beurteilende Muster oder Modell hervorgebracht hat, als überdurchschnittlich und das Ergebnis als schöpferisch angesehen werden kann (BGH v. 1.10.1980 - I ZR 111/78, GRUR 81, 269, 270 - Haushaltsschneidemaschine II m.w.N.). Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß eine Vielzahl von Vorarbeiten, die einzelne Merkmale hervorgebracht haben, eine spätere Kombination mehrerer Merkmale so erleichtern kann, daß nicht mehr von einer schöpferischen Leistung durch Kombination gesprochen werden kann.

Wenn das Berufungsgericht von diesen Grundlagen aus zu dem Ergebnis kommt, das klägerische Modell sei nicht eigentümlich und genieße deshalb nicht den rechtlichen Schutz eines Geschmacksmusters, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Die Revision rügt zunächst Verletzung des § 278 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit § 523 ZPO und trägt dazu vor, das Berufungsgericht habe den Geschmacksmusterschutz versagt, ohne zuvor darauf hingewiesen zu haben, daß es seine Entscheidung auf das Fehlen der Eigentümlichkeit abstellen werde. Beide Parteien seien erkennbar davon ausgegangen, daß sie das Schwergewicht in der Entscheidung zur Frage der Nachbildung sahen. Auch der Ablauf der mündlichen Verhandlung habe deutlich erkennen lassen, daß es den Parteien vor allem um das Nachbildungsproblem gegangen sei.

Dieser Angriff der Revision hat keinen Erfolg. § 278 Abs. 3 ZPO ist nicht verletzt. Nach dieser Vorschrift ist einer Partei zu einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt

Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn diese Partei einen rechtlichen Gesichtspunkt erkennbar übersehen oder erkennbar für unerheblich gehalten hat. Beides ist nicht der Fall. Voraussetzung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs wegen Verletzung eines Geschmacksmusterrechts ist zunächst, daß ein Geschmacksmusterrecht besteht; dieses setzt Neuheit und Eigentümlichkeit voraus. Das Landgericht hat die Eigentümlichkeit offengelassen und den Anspruch mangels Nachbildung verneint. In der Berufungsinstanz mußte die Klägerin in erster Linie die Annahme des Landgerichts bekämpfen, es liege keine Nachbildung vor; zu dem erstrebten Obsiegen war aber ebenso erforderlich, die Eigentümlichkeit des klägerischen Modells zu bejahen. Das war beiden Parteien bekannt, beide Parteien haben auch in der Berufungsinstanz zu diesem Tatbestandsmerkmal schriftsätzlich Stellung genommen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann daher keine Überraschungsentcheidung sein. Das Berufungsgericht mußte nicht den vom Landgericht als maßgeblich angesehenen Gesichtspunkt der fehlenden Nachbildung aufgreifen; es konnte die Klage auch wegen Fehlens eines anderen für das Bestehen eines Geschmacksmusterrechts maßgeblichen Tatbestandsmerkmals abweisen. Für die Klägerin war die Bedeutung der Eigentümlichkeit noch umso klarer gekennzeichnet, weil das Landgericht die Eigentümlichkeit zunächst in Frage gestellt und erst dann offengelassen hatte, es daher nicht nahelag, das Berufungsgericht werde die Eigentümlichkeit als problemlos bejahen.

d) Die Revision bemängelt auch ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht die Eigentümlichkeit aufgrund eigener Sachkunde verneint und kein Sachverständigengutachten

eingeholt habe. Die Revision führt dazu aus (RevBegr.6), das Berufungsgericht habe nicht aufgrund eigener Sachkunde zu dem Ergebnis kommen dürfen, das Klagemodell habe auch bei nur durchschnittlichem Können eines Mustergestalters und ohne eigenschöpferischen Einsatz geschaffen werden können. Um ohne Sachverständigen zu entscheiden, hätte es der Kenntnis des Berufungsgerichts über das Durchschnittskönnen eines Mustergestalters bedurft; nur dann hätte es feststellen können, daß das Klagemodell in den für die ästhetische Wirkung maßgeblichen Merkmalen nicht über das Durchschnittskönnen eines Mustergestalters und nicht über das rein Handwerksmäßige hinausgehe. Die Vorstellung des Berufungsgerichts über das Durchschnittskönnen vermöge die notwendige Kenntnis hiervon nicht zu ersetzen. Daß das Berufungsgericht eine derartige Kenntnis gehabt habe, sei weder den Urteilsgründen zu entnehmen, noch auch sonst festzustellen.

Das Berufungsgericht hat, wie bereits dargelegt (unter 5 b), zutreffend die Grundlagen für die Beurteilung der Eigentümlichkeit des Modells festgestellt. Ob eine Formgestaltung nur durchschnittlichem handwerksmäßigem Können entspricht oder ob in ihr eine schöpferische Leistung zum Ausdruck gelangt, kann auch den auf dem betreffenden Gebiet vorliegenden Entwicklungen entnommen werden; durch Neuschöpfungen wird deutlich, in welchen Schritten sich auf dem fraglichen Gebiet ästhetische Entwicklungen vollziehen. Dem Richter liegt demnach hinreichend Material vor, um im Wege der Abwägung und des Vergleichs das zu beurteilende Muster und Modell sachgerecht einzuordnen und festzustellen, ob hier eine die Annahme einer schöpferischen Leistung rechtfertigende ästhetische Formgestaltung gegeben ist. Entgegen der Meinung der Revision muß dem Tatrichter regelmäßig nicht eine nähere Kenntnis von der Leistungs-

fähigkeit eines Gestalters vermittelt werden, wie auch bei der Beurteilung eines Kunstwerks es keiner Kenntnis von der Leistungsfähigkeit eines Kuntschaffenden bedarf. Durchschnittlich handwerksmäßig einerseits und schöpferisch andererseits sind in diesem Zusammenhang keine beruflichen Qualifikationen, sondern Anhaltspunkte für das Maß des ästhetischen Eindrucks.

Das Berufungsgericht hat das vorliegende Vergleichsmaterial sachgerecht ausgewertet; dabei kommt es nicht darauf an, ob die wörtlichen Beschreibungen des Eindrucks in jedem Punkt die dem Eindruck objektiv am nächsten kommenden sind. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen erkennen, daß es zutreffende Maßstäbe angelegt und innerhalb dieser entschieden hat.

II. 1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche aus § 1 UWG verneint, weil die von der Beklagten hergestellten Bürsten zum Klagemodell einen so ausreichenden Abstand hielten, daß Verwechslungen begegnet werde. Das Berufungsgericht unterstellt die Nachbildung sowie eine wettbewerbliche Eigenart des klägerischen Produkts (Bürstenkörper und Griff); im einzelnen führt das Berufungsgericht aus (BU 23), im Rahmen der Prüfung nach § 1 UWG könnten die vollständigen Bürsten verglichen werden. Bei Einbeziehung der Griffstücke offenbarten sich erhebliche Gestaltungsunterschiede: Während beim Klagemodell der Griff verspielt erscheine und deshalb an herkömmliche Formen erinnere, seien die Handgriffe des Modells der Beklagten auffallend glattflächig, von weicher Linienführung und entsprächen mehr dem modernen Bild des Bürstenkörpers. Die Gefahr einer Verwechslung werde durch die folgenden Umstände weiter erheblich gemindert: Der Vortrag der Beklagten, sie habe vorwiegend Kauf- und

Versandhäuser als Kunden, während die Klägerin in erster Linie den Fachhandel (Einzelhändler) beliefere, sei nicht substantiiert bestritten; daraus folge, daß die Abnehmer als Fachleute verstärkt auch auf geringe Unterschiedsmerkmale achteten und daher ohne weiteres die Bürsten dem richtigen Hersteller zuordnen könnten.

Dem Letztverbraucher werde in der Regel nur das eine oder andere Modell angeboten, so daß mangels Kenntnis von anderen Produkten eine Verwechslung entfalle. Würden ihm aber beide Modelle zur Auswahl gezeigt, so entfalle die Verwechslung deshalb, weil dem Käufer einer Haarbürste als Gebrauchsgegenstand des Alltags der Hersteller gleichgültig sei. Bei dieser Sachlage könne offenbleiben, ob es der Beklagten möglich gewesen wäre, angesichts der am Markt befindlichen Formenvielfalt gestalterisch einen noch größeren Abstand vom Klagemodell zu halten, ohne einen von ihr bei der Planung der Rundbürste nicht gewünschten "Bürsteneffekt" hinnehmen zu müssen.

Angesichts der abweichenden Merkmale könne sich die Klägerin nicht auf eine identische Nachbildung berufen. Es sei auch nicht ersichtlich, daß die Beklagte den guten Ruf der Klägerin habe ausnutzen wollen. Es fehle auch an einer Herkunftstäuschung; insoweit hätte es auch des Vortrages bedurft, der Bürstenkörper der Klägerin habe sich im Verkehr einen guten Ruf erworben. Schließlich fehle jeglicher Beweis, daß die Beklagte auf der Frankfurter Frühjahrsmesse 1978 einen Bürstenkörper der Klägerin auf einen eigenen Stiel gesteckt und diese Kombination als eigenen Prototyp ausgegeben habe.

2. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

Die Ausnutzung einer sonderrechtlich nicht geschützten fremden Leistung kann regelmäßig nur dann als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG mißbilligt werden, wenn über die Nachahmung hinaus unlautere Begleitumstände hinzutreten (BGH v. 19.12.79 - I ZR 130/77, GRUR 1980, 235, 237 - Play family).

Dies kann der Fall sein, wenn durch die Nachbildung eine Täuschung des Verkehrs über die betriebliche Herkunft des Erzeugnisses veranlaßt werden kann, eine solche Täuschung aber andererseits durch mögliche und zumutbare Maßnahmen verhindert werden könnte (BGH v. 23.1.1981 - I ZR 48/75, GRUR 1981, 517, 519 - Rollhocker).

Das Berufungsgericht hat die Nachbildung und die wettbewerbliche Eigenart des Produkts der Klägerin unterstellt.

Die Beklagte ist damit verpflichtet, den durch ihr Verhalten hervorgerufenen betrieblichen Herkunftstäuschungen durch geeignete und zumutbare Maßnahmen entgegenzuwirken. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Unterschiede bezüglich der Griffe nicht ausreichend. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, daß schon vom Gebrauchszweck her der Blick zunächst und in erster Linie auf den Bürstenkörper gerichtet ist und deshalb der Griff regelmäßig eine wohl eher untergeordnete Rolle spielt. Besitzt überdies der Bürstenkörper ein besonderes Erscheinungsbild (das "modernste Gesicht" BU 20),

dann tritt demgegenüber der Griff weitgehend in den Hintergrund, erst recht wenn er, wie im Streitfall, eher schlicht gestaltet ist und wenn, wie das Berufungsgericht feststellt, der Griff des Produkts der Beklagten modern gestaltet ist - im Gegensatz zum Griff des Modells der Klägerin - und damit eher den Eindruck des "modernen Gesichts" der Fönbürste der Klägerin verstärkt als zur Unterscheidung beiträgt.

Das Berufungsgericht durfte angesichts seiner Unterstellung einer wettbewerblichen Eigenart nicht davon ausgehen, den Letztverbrauchern aus den beteiligten Verkehrskreisen seien die Hersteller gleichgültig, weil es sich bei Haarbürsten um Gebrauchsgegenstände des Alltags handle. Denn eine wettbewerbliche Eigenart setzt gerade voraus, daß bei den angesprochenen Verkehrskreisen Herkunftsvorstellungen bestehen.

Es besteht auch kein Erfahrungssatz in diesem Sinne. Haarbürsten können sowohl vom Preis als auch vom Gebrauchszweck her nicht ohne weiteres dem Bereich der namenlosen Massenartikel zugerechnet werden. Es kann jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß Hersteller solcher Artikel nicht nur in Fachkreisen einen bestimmten Ruf hinsichtlich der Güte ihrer Ware besitzen, sondern daß auch beim Letztverbraucher betriebliche Herkunftsvorstellungen bei bestimmten Gestaltungsformen vorhanden sein können, die durch die Nachbildung der Beklagten in die Irre geführt werden. Der Unterstellung einer wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Klägerin widerspricht auch die Feststellung des Berufungsgerichts, es fehle an einer Herkunftstäuschung; das gleiche gilt für die weiteren Erwägungen, es fehle an einem Vortrag, die Fön-

bürste der Klägerin habe sich im Verkehr einen guten Ruf erworben und die Beklagte habe den guten Ruf der Klägerin ausnutzen wollen. Aufgrund seiner Unterstellung hätte das Berufungsgericht zu gegenteiligen Folgerungen zugunsten der Klägerin kommen müssen.

III. Das Berufungsurteil konnte daher mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten werden und war aufzuheben.

Mangels der erforderlichen Feststellungen konnte der Senat nicht selbst entscheiden. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

v. Gamm

Alff

Merkel

Piper

Erdmann